

Questões fundamentais de defesa do acusado em sindicância ou processo administrativo disciplinar no regime da Lei 8.112/1990

Antonio Carlos Alencar Carvalho*

Os servidores públicos investidos em cargo efetivo ou em comissão sujeitam-se a um conjunto de regras de conduta no exercício da função pública, as quais são constituídas de deveres e proibições legalmente capitulados, que formam um *regime disciplinar*, destinado à preservação dos parâmetros de conduta funcional, cujo descumprimento confere à Administração Pública o exercício do poder-dever de punir os transgressores com as penalidades previstas em lei: advertência, suspensão, multa, destituição de cargo ou de função em comissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e demissão (arts. 127, I a VI, e 130, § 2º, Lei 8.112/1990).

A infração disciplinar constitui exatamente o comportamento irregular do servidor público, atentatório da disciplina no exercício da função pública.

O poder disciplinar estatal, todavia, não mais pode ser exercitado sumariamente (o instituto da verdade sabida não foi recepcionado pelo disposto no inciso LV do art. 5º da Carta de 1988), mas sempre com o respeito ao *devido e prévio processo legal*, com a instauração de *sindicância punitiva* (para aplicação de penalidades de advertência ou até 30 dias de suspensão: art. 145, II, Lei 8.112/1990) ou *processo administrativo disciplinar*, para aplicação de penas de suspensão de mais de 30 dias e demais sanções não comportadas na sede do procedimento sindicante (art. 146, Lei 8.112/1990).

Cumprido, em face disso, apresentar algumas questões fundamentais de defesa na sindicância punitiva ou no processo administrativo disciplinar, sob o ponto de vista do controle da consentânea validade formal.

1 Prescrição da pretensão punitiva antes da abertura do procedimento sindicante ou do processo administrativo disciplinar

Primeira questão a ser observada é se a instauração do processo administrativo disciplinar ou da sindicância apenadora, na data de publicação da portaria ou decreto pertinente, não se verificou após já estar prescrito o direito de o Estado punir a infração administrativa. Se adrede decorridos mais de cinco anos do conhecimento da irregularidade pelo órgão administrativo competente, descabe a abertura de feito sancionador, por força do óbice prescricional.

Se o fato apurado se enquadra em falta estritamente disciplinar, passível de penas de *suspensão* ou *advertência*, o lapso temporal entre o conhecimento do fato pela Administração Pública e a instauração do feito punitivo reduz-se e não poderá ser superior a 2 anos e 180 dias, respectivamente (art. 145, II e III, § 1º, Lei 8.112/1990).

Em se tratando de comportamento enquadrado como crime contra a Administração Pública (arts. 312 a 326, Código Penal – CP e legislação extravagante, como Lei 6.766/1979), os marcos cronológicos prescricionais serão os definidos no Estatuto Criminal (art. 142, § 2º, Lei 8.112/1990, e art. 109, CP) – observadas algumas condições pela jurisprudência (vide nota 15). Uma vez decorrido o intervalo temporal máximo, estará prescrita a pretensão punitiva e findo o direito estatal de a transgressão funcional render apuração e punição contra o servidor público.

Destaque-se que a *mera abertura de sindicância puramente investigativa, em cujo fim não se aplica punição ao servidor investigado, não interrompe o fluxo do prazo prescricional, efeito somente alcançado em caso de sindicância-processo, de natureza apenadora*, na esteira da jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça.

* Procurador do Distrito Federal, Procurador-Chefe da Procuradoria de Pessoal da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, pós-graduando em Direito Público e Advocacia Pública pelo Instituto Brasileiro de Direito Público, ex-servidor da Justiça Federal/DF.

2 Impedimento e suspeição dos membros do colegiado sindicante ou processante

A sindicância e o processo administrativo disciplinar deverão ser processados somente por *comissão* (art. 149, § 2º, Lei 8.112/1990), integrada por três servidores estáveis, cujo presidente, pelo menos, deverá ostentar nível hierárquico ou grau de escolaridade igual ou superior ao do acusado.

Os componentes do conselho processante devem ser imparciais, insuspeitos e desimpedidos. Lamentavelmente, a praxe administrativa e os precedentes de controle jurisdicional de legalidade do processo administrativo disciplinar revelam que não é raro o manejo dessa espécie de feito punitivo pela Administração Pública sem justa causa, à míngua do efetivo cometimento de falta funcional pelo servidor acusado, senão como exercício desvirtuado da finalidade pública própria do instituto, com o propósito de satisfação do ânimo de vindita ou abuso de poder por parte das autoridades administrativas hierarquicamente superiores ou por integrantes de comissões contra infelizes subordinados ou colegas perseguidos.

Por isso que o ordenamento jurídico federal se preocupou em regular as hipóteses de suspeição e impedimento no processo administrativo disciplinar. *Dar-se-á a suspeição dos membros de colegiados processantes ou sindicantes:* se forem inimigos ou amigos íntimos do acusado, ou dos respectivos cônjuges, companheiros ou parentes até o terceiro grau (art. 20, Lei Geral de Processo Administrativo da União: Lei Federal 9.784/1999).

O impedimento ocorrerá se os servidores que formam o conselho disciplinar: a) tiverem interesse no assunto que deflagrou o feito apenador; b) estiverem litigando judicial ou administrativamente com o processado; c) tiverem sido os autores da denúncia da irregularidade (representantes), ou tiverem elaborado perícia na fase de sindicância ou processual sobre a matéria dos autos, além de terem sido ouvidos como testemunhas no feito sindicante ou no processo disciplinar realizado por anterior comissão; d) forem parentes consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, cônjuge ou companheiro do servidor acusado (art. 149, § 2º, Lei 8.112/1990, c.c. arts. 18 a 20 e 69 da Lei Federal 9.784/1999).

Os servidores que, em sindicância investigativa prévia, concluíram pelo cometimento de infração disciplinar pelo servidor investigado não podem ser novamente designados para atuar no processo administrativo disciplinar, porquanto já formaram convencimento pela culpabilidade do acusado, de forma que não mais atendem os pressupostos de isenção e imparcialidade (art. 150, *caput*, Lei 8.112/1990), entendimento jurisprudencial dos Tribunais Regionais Federais da Primeira Região (AG 2005.01.00.064319-5/DF, 2ª Turma, julgamento em 17/05/2006) e da Quarta Região (REO 12072, Processo: 200004010650490/PR, 4ª Turma, decisão de 17/10/2000).

Pela mesma razão, *os integrantes do conselho processante que elaboraram, previamente, indicição e relatório pela punição do processado não podem ser renomeados para coleta de provas adicionais, no caso de a autoridade julgadora converter o julgamento em diligência,* com a necessária designação de novo trio instrutor, haja vista que a tendência seria de antecipada manutenção da opinião já declinada conclusivamente acerca da responsabilidade do indiciado pelos componentes do colegiado anteriormente indicado, os quais, ao subscreverem essas peças acusatórias, formaram peremptoriamente seu convencimento sobre a culpabilidade do servidor.

Não poderiam, depois disso, agir com absoluta independência e liberdade para, com a reabertura da fase instrutória, reapreciar os novos elementos probatórios colhidos à luz dos já existentes e redigir nova peça de indicição e relatório pela eventual absolvição, porque, para isso, teriam que contrariar dezenas ou até centenas de laudas que subscreverem e motivaram, com rigor, contra o acusado, sem falar na hipótese comum de, nessa hora, já haver um natural desgaste entre o colegiado instrutor e o funcionário, decorrente dos atritos advindos de destemperos e até agressões verbais nas razões defensórias escritas apresentadas contra a peça indiciatória lavrada, o que pode levar a comissão a considerar a punição do indiciado uma “questão de honra” e um objetivo que guiará os motivos e fundamentos expressos nas peças oficiais submetidas à autoridade julgadora, o que decerto prejudica o ideal de sobriedade e isenção administrativas.

2.2 Requisitos das autoridades instauradora e julgadora

As mesmas hipóteses preditas supra se aplicam à autoridade que determina a abertura do feito ou que o julga, também dos agentes públicos que emitem parecer nos autos. São nulos os atos praticados por agentes públicos suspeitos ou impedidos, o que pode acarretar a nulidade de eventual punição aplicada.

3 Garantias do acusado que devem ser respeitadas pela comissão de processo administrativo disciplinar na instalação e instrução processual

Como reflexo das garantias do contraditório e de ampla defesa (art. 5º, LV, Constituição Federal de 1988), *o servidor tem o direito de ser citado para que tome ciência dos fatos objeto do processo administrativo disciplinar, de obter cópias dos documentos que compõem os autos, bem como do teor da sindicância investigativa, se previamente instalada, prerrogativas asseguradas em lei (art. 3º, II, Lei. 9.784/1999).*

Conquanto vigore orientação jurisprudencial no sentido de que a portaria de instauração do processo administrativo disciplinar não deve expor os fatos objeto de censura e que deflagraram a abertura do feito punitivo, mas somente quando elaborada a indicição, afigura-se possivelmente prejudicado o efetivo exercício do direito de ampla defesa e contraditório ao longo da instrução processual, já que o acusado não tem precisa e pormenorizada ciência, em muitos casos, sobre as causas da instauração do processo apenador, modo pelo qual também não terá plenas condições de averiguar quais meios probatórios são úteis ou pertinentes para repelir a pretensão acusatória oficial.

Ora, *se o processo disciplinar é instituído para o oferecimento de acusação de fato certo, cuja autoria e materialidade já estão definidas* (do contrário deveria ser aberta sindicância para apuração pertinente), não se compreende o porquê de a Administração não expor os elementos fáticos constitutivos da falta disciplinar imputada.

Não se admite que o feito se torne em um instrumento de devassa e perseguição da vida funcional inteira do acusado, uma “carta branca” para encontrar

algo que deponha contra o servidor e justifique uma punição qualquer. A instauração do processo sancionador administrativo não pode ser um pretexto para punir de alguma forma, mediante acusações montadas artificialmente, determinado funcionário antipatizado, nem como meio de dificultar a defesa pela sonegação de informações e teses acusatórias. *Não se trata de procedimento inquisitorial, mas de processo contraditório, em que vigoram os mandamentos da lealdade e da boa-fé processual (art. 4º, II, Lei 9.784/1999), dos quais deriva a exigência de verídica e clara exposição do pensamento da acusação e da defesa.*

3.1 Direito de requerer a produção de provas e formalidades

O acusado pode requerer a produção de provas (art. 156, *caput*, Lei 8.112/1990; art. 38, *caput*, Lei 9.784/1999) e se lhe franqueia estar presente nas reuniões da comissão processante ou ser cientificado das deliberações ali adotadas. Não se pode tolerar mais as reuniões “a portas fechadas”, secretas, do colegiado instrutor, às quais se tolhe o acesso do acusado ou seu advogado. Vigora o princípio da publicidade na Administração Pública, devendo o sigilo processual ser oposto perante terceiros até o julgamento, mas não diante do servidor processado ou seu defensor.

O acusado tem o direito de nomear advogado como seu procurador e defensor no feito (art. 3º, IV, Lei 9.784/1999), providência fundamental na sede do processo administrativo sancionador, haja vista que amíuê o servidor público, deixando de atribuir a gravidade e importância do feito punitivo, sem dispor da indispensável formação jurídica, assume o ônus de patrocinar sua própria defesa (quando não deixa o feito correr à sua revelia) e é surpreendido com a publicação da penalidade disciplinar, não raramente sua demissão ou a cassação de sua aposentadoria.

Além do direito de propor a colheita de prova testemunhal, *o processado deve ser notificado, com pelo menos três dias úteis de antecedência (art. 26, § 2º, Lei Federal 9.784/1999), para comparecer às audiências de inquirição de testemunhas*, porquanto o colegiado oficial deve proporcionar certo tempo para preparação da defesa no ato processual, e não prejudicar a atividade defensoria mediante manobras de súbita intimação para a prática de atos processuais.

Faculta-se ao acusado ou a seu defensor contraditar os depoentes suspeitos e apontar-lhes a falta de isenção para prestar depoimento como testemunhas compromissadas, lançando, em ata, as razões pertinentes.

É prerrogativa da defesa reinquirir as testemunhas após as perguntas da comissão. O indeferimento desmotivado de questões, quando acarretar prejuízo para o acusado, poderá implicar a nulidade relativa do ato processual e da eventual sanção imposta ao fim do processo disciplinar, se embasada no meio probatório viciado.

3.2 Direito de fiscalizar as provas colhidas pela comissão oficial

O acusado pode formular protestos e exigir a transcrição em ata de questões indeferidas pelo presidente do colegiado disciplinar e deve fiscalizar a reprodução das respostas das testemunhas na ata de audiência, porquanto *os registros devem corresponder à fidedigna expressão do depoimento*, na forma capitulada no Código de Processo Penal (art. 215), subsidiariamente aplicável ao processo administrativo disciplinar (entendimento do extinto Tribunal Federal de Recursos; do egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios: APC 3331294/DF, *DJLU* de 20/09/1995, p. 13.381; e do Tribunal de Contas da União: decisão 358/1998).

Não se pode admitir a praxe de o presidente do conselho instrutor proceder a um longo questionário informal da testemunha e somente depois escolher o que achar mais conveniente para fazer constar da ata de audiência, às vezes só no que pertinente às teses acusatórias, o que viola o princípio do devido processo legal e de imparcialidade e impessoalidade das atividades administrativas.

O funcionário processado e seu advogado podem reclamar e se recusar a assinar ata de audiência, cujas transcrições dos depoimentos se encontrem em manifesto desacordo com a realidade, formulando petição de protesto nesse sentido o mais rapidamente possível (art. 7º, XI, Lei 8.906/1994), ou até mesmo, em último caso, retirarem-se da sala de audiência nessas situações, diante da insistência do conselho disciplinar em violar o dever legal de fidedignidade na reprodução das oitivas, sob pena de a assinatura consumir a ilegalidade, pois, dian-

te da autoridade julgadora ou das instâncias superiores da Administração Pública, ou mesmo em sede de controle jurisdicional, prevalecerá o termo subscrito pelo colegiado, pela testemunha e pela defesa.

Nada obsta que a defesa ainda promova representação à autoridade superior competente em caso desse tipo de comportamento ilegal e imoral dos membros da comissão processante.

O processado detém a prerrogativa de acompanhar diligências, inspeções, de conhecer o conteúdo de documentos colacionados aos autos pelo trio disciplinar, formular quesitos para perícia e falar do laudo pericial, impugnando respostas fundamentadamente (art. 156, *caput*, Lei 8.112/1990; art. 38, *caput*, Lei 9.784/1999), propor acareações, requerer a exibição de documentos, dentre outros meios instrutórios.

Consigne-se que *o reconhecimento pessoal do acusado não pode ser realizado*, como sói verificar-se na praxe de alguns órgãos administrativos, *na audiência de testemunhas* (perguntando-se ao depoente se reconhece o servidor porventura presente durante a inquirição como o autor da infração administrativa apurada), mas seguir os procedimentos subsidiariamente aplicáveis do Código de Processo Penal, com a colocação de pessoas assemelhadas para visualização do particular ou vítima que realizará o reconhecimento, cabendo reclamação oral ou por escrito, mediante consignação na ata de audiência.

3.3 Privilégio contra a auto-incriminação

Também é prerrogativa constitucional do funcionário (privilégio contra a auto-incriminação), quando do interrogatório (que deve ser realizado somente no fim da coleta das demais provas), deixar de responder a perguntas incriminadoras ou que possam acarretar-lhe prejuízo próprio ou à sua família, além de que o direito positivo assegura que o silêncio do acusado não poderá ser interpretado em seu desfavor, nem caracterizar confissão (art. 186, *caput* e parágrafo único, Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 10.792/2003).

3.4 Interrogatório no término da instrução

Se o acusado tiver sido ouvido na fase de sindicância ou no início do processo administrativo discipli-

nar, é seu direito ser interrogado novamente ao fim da instrução, sob pena de cerceamento de defesa, segundo tendência jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça⁽¹⁾.

Corroborar Léo da Silva Alves (Processo disciplinar passo a passo, Brasília Jurídica, 2ª ed., 2004, p. 185):

“Se o interrogatório fosse no início da instrução, ficaria prejudicada a sua manifestação, uma vez que não poderia questionar ou impugnar as provas futuras” (...) no interrogatório, é possível que o acusado consiga dirimir todas as dúvidas. Os fatos podem restar esclarecidos ao seu favor. Se a dispensa decorreu da negligência da autoridade processante, o processo está mortalmente ferido.”^{(2) (3)}

Ajunte-se que a ausência de interrogatório é inaceitável acinte ao devido processo legal e à garantia de ampla defesa e contraditório, implicante da nulidade processual. Trata-se de ato processual em que o acusado pode, conhecendo o inteiro teor das provas colhidas pelo colegiado oficial, apresentar suas justificativas e razões defensórias orais pessoalmente ao colegiado instrutor, sendo, outrossim, o momento em que a comissão deve expor seus pontos-de-vista sobre os fatos apurados e externar eventuais conclusões censuradoras decorrentes do acervo probatório reunido, dando a conhecer ao servidor no que fundamenta o juízo acusatório, a fim de que possa haver a resposta e esclarecimento pelo funcionário. Não se pode admitir a deslealdade do conselho disciplinar de calar logo no ordinariamente último ato de instrução (salvo se deferido pleito fundado no art. 161, § 3º, da Lei 8.112/1990 ou se convertido o julgamento em diligência para coleta de provas complementares, por ordem da autoridade julgadora), que precederá a lavra de peça acusatória de indicição ou absolutória sumária (se o trio processante deixar de lavrar ato indiciatório, por considerar o acusado inocente ou não ser possível o exercício do direito de punir por outro motivo).

Se houver a conversão do julgamento em diligência, em face de a autoridade julgadora considerar importante a coleta de novos meios de prova capazes de permitir uma decisão mais segura, o colegiado processante nomeado para esse fim deve lavrar novo ato de indicição, abrir prazo para razões escritas e elaborar novel relatório conclusivo, confrontando o teor das peças anteriormente redigidas com os elementos instrutórios complementares colacionados, aditando, confirmando ou modificando, no que couber, os dois atos da trinca

oficial, à luz do conteúdo dos novos dados de instrução colhidos.

Conquanto a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça proclamasse que o acusado não teria direito a reinquirir o interrogado (“A lei faculta ao procurador do acusado a reinquirição tão-somente das testemunhas (art. 159 da Lei 8.112/1990” - MS 8259/DF), tem-se, não obstante, que a superveniência da Lei Federal 10.792/2003, que deu nova redação ao art. 188, do Código de Processo Penal (o qual se aplica subsidiariamente ao rito do processo administrativo disciplinar) modificou esse entendimento: “Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante”.

Segue que o presidente da comissão de processo administrativo disciplinar poderá franquear oportunidade para que algum fato, ainda não esclarecido quando do término da inquirição pelo órgão oficial, possa ser elucidado mediante perguntas propostas pela defesa, respeitado o mister de pertinência e relevância das questões formuladas.

3.5 Nomeação de defensor *ad hoc* para atos de instrução

O acusado que deixar de comparecer a atos instrutórios, dos quais também não participou seu advogado constituído, possui a prerrogativa de ter defensor “ad hoc” nomeado para o ato processual, sob pena de cerceamento de defesa, segundo a orientação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁽⁴⁾ e do Tribunal Regional Federal da Primeira Região⁽⁵⁾.

4 Indicição

A Lei 8.112/1990 estatui o seguinte: “Art. 161. Tipificada a infração disciplinar, será formulada a indicição do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas.”

Depois de encerrada a produção de provas, a comissão processante apreciará os elementos hauridos nos autos e, se concluir pela culpabilidade do servidor, deverá elaborar peça acusatória intitulada *indicição* (art. 161, *caput*, L. 8.112/1990), a qual deve ser funda-

mentada, estritamente, na objetiva, lógica e imparcial análise do conteúdo probatório do feito, com a descrição dos fatos e meios instrutórios que respaldam as conclusões pelo cometimento de infração disciplinar, seguida do devido enquadramento dentro das hipóteses legalmente descritas. É nesse momento que o quadro fático amparador das teses acusatórias deve ser explicitado, para ciência do servidor. É nula peça indiciatória que não contém a exposição dos fatos, das provas e respectiva tipificação legal, por cerceamento de defesa.

A ausência de termo de indicição implica nulidade insanável no processo administrativo disciplinar.

Endossa José Armando da Costa:

O despacho de instrução e indicição, articulando os fatos e as provas contra o indiciado, estabelece os limites possíveis de sua condenação. De modo que nem a comissão poderá extravasar do contexto das acusações articuladas, nessa peça formal indiciatória, contra o servidor imputado. Se o servidor indiciado deve direcionar o seu esforço de defesa ao derredor das acusações que lhe são feitas no despacho de instrução e indicição, não será legítimo o julgamento da autoridade que o condene por fato não previsto em tal instrumento de conclusão indiciatória. Podemos, por conseguinte, elucidar que é nulo o processo disciplinar que contenha condenação que se funde em fato não sintetizado nessa peça acusatória.⁽⁶⁾

5 Defesa escrita

O servidor indiciado terá dez dias para apresentação de razões escritas de defesa, salvo se houver mais de um acusado, hipótese em que o prazo será dobrado (art. 161, §§ 1º e 2º, Lei 8.112/1990), contando-se do primeiro dia útil seguinte ao do recebimento do mandado expedido pelo presidente da comissão (art. 238, Lei 8.112/1990), ou da última publicação do edital no Diário Oficial da União ou em jornal de grande circulação local (art. 163, parágrafo único, Lei 8.112/1990).

O acusado poderá requerer o sobrestamento do prazo de defesa para a produção de novas provas, em face do teor da peça de indicição, as quais deverão ser deferidas pelo presidente da comissão, salvo se forem protelatórias, impertinentes ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos (art. 156, § 1º, Lei 8.112/1990), sob pena de cerceamento de defesa no caso de indeferimento injustificado.

Os argumentos de defesa devem ser apreciados devidamente e confrontados com as provas dos autos (art. 38, § 1º, Lei 9.784/1999), sem margem para conclusões alheias ao estrito conteúdo processual. O servidor que, citado, deixar de apresentar defesa no prazo legal (revelia), deverá ter nomeado defensor dativo para o oferecimento de razões escritas.

6 Relatório

No relatório, a comissão processante deve retratar fielmente o teor das provas colhidas, as teses acusatórias e os argumentos de defesa, apontando a existência de circunstâncias atenuantes em favor do acusado, além da natureza e gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público e os antecedentes funcionais (art. 128, Lei 8.112/1990). O colegiado deve concluir pela responsabilidade ou inocência do servidor processado e os dispositivos legais supostamente violados, remetendo os autos para julgamento.

Não podem ser articuladas acusações de fatos novos no relatório, não externadas na indicição, sob pena de cerceamento de defesa (Tribunal Regional Federal da Quarta Região, REOMS 97.04.62230-9/SC, DJ de 02/08/2000), *se não houver oportunidade de pronunciamento do acusado ou seu defensor sobre as novas increpações, antes do julgamento.*

Frisa Sebastião José Lessa:

“Tem o réu o direito de saber qual é a nova acusação, pois pode defender-se dela e lograr absolvição quanto à nova imputação” (...) na ocorrência da *mutatio libelli*, o acusado deve ser chamado a defender-se sobre a nova imputação.”⁽⁷⁾

De outra banda, *se houver o reenquadramento jurídico das acusações, tem despontado tendência jurisprudencial no sentido de que o indiciado tem, outrossim, o direito de se pronunciar previamente ao julgamento acerca da mudança de teses acusatórias, sob pena de agressão à garantia constitucional do contraditório.*

Consagrou o col. Superior Tribunal de Justiça:

O art. 168, *caput* e seu parágrafo único, da Lei 8.112/90, possibilita, tão-somente, à autoridade pública discordar, de maneira motivada, da pena sugerida pela comissão. 3. Embora a autoridade administrativa não tenha que acatar a capitulação da infração realizada pelos órgãos e agentes auxiliares,

no processo disciplinar, encontra-se vinculada aos fatos apurados e indiciados pela mas, nunca, alterar a indicição do servidor pela comissão processante, durante a fase de julgamento. Precedentes. 4. Por outro lado, resta comprovado o prejuízo dos Recorrentes, com a *mutatio libelli*, haja vista que a imputação do fato segundo o qual agiram no exercício de função pública é circunstância essencial para a tipicidade dos ilícitos administrativos e, conseqüentemente, de aplicação da pena de demissão. 5. O processo administrativo disciplinar encontra-se eivado do vício da inobservância do contraditório e da ampla defesa. 6. Recurso provido. ⁽⁸⁾

Confirma o Tribunal Regional Federal da Terceira Região (destaque não original):

A mudança do enquadramento legal da infração de que o servidor é acusado, na fase de julgamento do processo disciplinar, sem que lhe tenha sido dada nova oportunidade de defesa, implica violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Aplicação analógica do artigo 384 do Código de Processo Penal. ⁽⁹⁾

Igual é a doutrina de Romeu Felipe Bacellar Filho:

No entanto, se a acusação for alterada (nova tipificação ou mudança na graduação da pena), dependendo da análise dos fatos nela contida, será necessária a reabertura da fase probatória. Assim, a fase probatória estende-se tanto à fase legal de instrução como a de defesa. ⁽¹⁰⁾

O Tribunal Regional Federal da Quarta Região decidiu que, na hipótese de mudança da acusação inicial (no caso concreto embasada na prática de abandono de cargo e inassiduidade habitual), a punição por fato diverso (improbidade administrativa) será nula se não reaberta oportunidade para defesa pertinente ⁽¹¹⁾.

Há certa tendência em se secundar o antigo entendimento de que “o acusado se defende de fatos, não de enquadramentos jurídicos”, na medida em que inúmeras afrontas ao direito de defesa real, efetiva, se acobertavam sob esse expediente dissimulado da Administração Pública, quando, na verdade, a tipificação legal é tão relevante que a própria lei exige que, na indicição, seja expressamente tipificada a infração disciplinar (art. 161, *caput*, Lei 8.112/1990), mesmo porque o contraditório implica se conceda à defesa o repensar das teses e conclusões acusatórias, inclusive sob a ótica da tipificação legal da conduta censurada, porquanto o confronto de idéias defensó-

rias com os argumentos de acusação tende a permitir o alcance de uma solução processual mais justa e juridicamente correta quando do julgamento.

Nesse sentido, O Tribunal Regional Federal da Segunda Região estatuiu que “a indicição de servidor, em processo administrativo disciplinar, sem constar da acusação a indicação das normas legais tidas por infringidas, nos fatos atribuídos ao indiciado, é nula, por violência ao devido processo legal” ⁽¹²⁾, juízo compartilhado pelo Tribunal Regional Federal da Quarta Região. ⁽¹³⁾

Destaque-se que *o reenquadramento errôneo pode representar a diferença entre uma pena de demissão ou uma singela advertência pelos mesmos fatos* (por exemplo art. 116, I, *versus* art. 117, XV, Lei 8.112/1990), o que significa não pouco para o acusado, de sorte que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana demanda o respeito ao contraditório sob a ótica da tipificação jurídica da conduta, mesmo porque, até que o servidor consiga um provimento judicial para suspender uma eventual penalidade demissória ou logre decisão administrativa pela procedência de um pedido de reconsideração ou recurso hierárquico junto à Administração Pública, os prejuízos decorrentes de uma interpretação jurídica errônea podem ser irreparáveis para o agente público indiciado e sua família, com a perda do seu cargo público ou a cassação de sua aposentadoria.

7 Julgamento

A autoridade julgadora ou o órgão competente têm o dever de motivar a decisão punitiva. Todos os argumentos de defesa devem ser apreciados à luz do teor das provas produzidas. *Não se pode tolerar que, depois de fatigante empenho da defesa em carrear aos autos provas da inocência ou menor gravidade da conduta do acusado, o julgador profira uma decisão arbitrária, alheia à lógica e objetiva conclusão decorrente do exame do conteúdo fático-probatório presente no processo administrativo disciplinar ou na sindicância punitiva.*

O julgamento deverá respeitar o princípio constitucional da individualização da pena e da proporcionalidade, conforme tendência jurisprudencial, de maneira que, sendo as circunstâncias do art. 128, da Lei 8.112/1990, favoráveis ao acusado, o STJ tem asse-

gurado o direito à conversão da pena de demissão em suspensão.

Pontificou o Superior Tribunal de Justiça:

A substituição da pena disciplinar de demissão pela de suspensão é um direito subjetivo do indiciado, desde que presentes os requisitos subjetivos exigidos na dosimetria da aplicação das penalidades. É passível de controle judicial decisão da autoridade administrativa que adota parecer omissivo quanto à existência de circunstâncias atenuantes. ⁽¹⁴⁾

No mesmo sentido, outros julgados do STJ (ROMS 10316/SP, o MS 7260/DF e o ROMS 10269/BA; *DJ* de 26/04/1999, p. 128, relator o Min. Fernando Gonçalves, 6ª Turma).

Não obstante, insta trazer à lume que o colendo Superior Tribunal de Justiça – STJ tem mantido penas de demissão em caso de condutas graves, ainda que existentes circunstâncias favoráveis ao acusado (MS 6547/DF; MS 6.663/DF; MS 7.005/DF; RMS 7491/DF; MS 8526/DF). Ajunte-se que a demissão, no sistema da Lei 8.112/1990, constitui ato administrativo vinculado, o que não afasta, contudo, a possibilidade de o controle jurisdicional anular penas disciplinares consideradas excessivas, atentatórias ao princípio da proporcionalidade (STJ – MS 7074/DF, MS 10825/DF; STF – ROMS 24.699-9, RMS 24.901-DF).

Se houver a oitiva de órgão jurídico e elaboração de parecer prévio ao ato decisório, o acusado terá direito de se pronunciar sobre conclusões desfavoráveis contra ele lançadas na peça, além de constituir cerceamento de defesa a articulação de fatos, teses acusatórias inovadoras ou enquadramentos jurídicos mais gravosos no opinativo, sem a audição do servidor processado antes do julgamento, segundo orientação do colendo Superior Tribunal de Justiça.

Se o julgamento se embasar em acusações e teses acusatórias não constantes da indicição, dar-se-á irreparável violência ao princípio do contraditório e da ampla defesa, que implica a anulação do ato decisório, consoante o juízo do excelso Supremo Tribunal Federal (RMS 24.699-DF) e do eg. Tribunal Regional Federal da Primeira Região (AC 94.01.16951-9/DF, relatora a Desembargadora Federal Assusete Magalhães, 2ª Turma, DJ de 06/11/1995, p. 75.776).

8 Decretação de nulidades processuais e desfazimento de penalidades aplicadas

Se tiver sido desrespeitada garantia procedimental do acusado ou se cometidas irregularidades nos atos instrutórios, os atos processuais respectivos serão nulos, especialmente os de coleta de prova, *se ficar comprovado o prejuízo para a defesa*, o que ocorrerá sempre que o julgamento se embasar ou proferir conclusão censuradora contra o servidor com fulcro na prova ou ato defeituoso, como, por exemplo, quando a autoridade julgadora atribui o cometimento de ilícito disciplinar pelo processado com fulcro no depoimento de testemunha, cuja audiência foi consumada sem a notificação prévia do acusado ou seu advogado para comparecimento.

Ou no caso de perícia, em que se arrimaram os fundamentos da penalidade de demissão, para a qual não se intimou o funcionário ou seu defensor para o oferecimento de quesitos, da mesma forma que o processo em que a citação para defesa contra a indicição foi procedida por edital, quando o acusado tinha endereço certo registrado na repartição e no qual não houve tentativa de citação do servidor imputado (STJ – RMS 7.005/BA).

O mesmo ocorrerá em caso de produção de provas ilícitas contra o acusado, vedadas no direito positivo da União (art. 30, Lei Federal 9.784/1999), consignando-se que a jurisprudência se posicionou pela possibilidade de utilização da prova emprestada, do uso do produto da interceptação telefônica na via administrativa, após autorização judicial.

9 Prescrição intercorrente e retroativa no processo administrativo disciplinar ou na sindicância punitiva

Apesar de a sindicância ou de o processo administrativo disciplinar terem sido instaurados em princípio tempestivamente, antes do decurso do prazo prescricional sob a referência do tempo desde que foi conhecido o fato pela Administração (art. 142, I a III e § 1º, Lei 8.112/1990), com o efeito conseqüente da interrupção e recontagem, a partir do zero, dos marcos cronológicos para punição decorridos até a data de instauração do procedimento sindicante ou do processo disciplinar (art. 142, § 3º, Lei 8.112/1990), pode ocorrer

a extinção do direito de punir estatal pela excessiva demora da tramitação sem julgamento do feito (*prescrição intercorrente*).

É que, na esteira da jurisprudência consagrada dos colendos Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, a contagem do lapso prescricional, interrompida com a respectiva abertura, torna a correr novamente após findo o limite temporal para conclusão e julgamento da sindicância e do feito disciplinar (art. 142, § 4º, Lei 8.112/1990), que é, respectivamente, de 80 (art. 145, parágrafo único, e 167, Lei 8.112/1990) e 140 dias (art. 152, *caput*, e 167, Lei 8.112/1990), e não mais pode haver nova interrupção, *nem sequer com a redesignação da mesma ou de novas comissões processantes para apurar os mesmos fatos*.

Assim sendo, em se cuidando de faltas disciplinares que não são classificadas como crimes contra a Administração Pública ⁽¹⁵⁾, mas infrações exclusivamente funcionais, uma vez decorridos os prazos capitulados no art. 142, I a III, da Lei 8.112/1990, após o decurso de 80 ou 140 dias da instauração, conforme se trate, respectivamente, de sindicância ou processo administrativo disciplinar, não mais podem ser impostas penas de demissão, cassação de aposentadoria e disponibilidade ou destituição de cargo ou função comissionados (5 anos), suspensão (2 anos) ou advertência (180 dias).

Além disso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consagrou a *prescrição retroativa* à data de abertura do processo disciplinar ou do procedimento sindicante pelos mesmos marcos cronológicos. Assim sendo, por exemplo, se instaurado processo administrativo disciplinar três anos após o conhecimento da prática de irregularidade funcional que se supunha passível de demissão, considerou-se, aparentemente, não ter ocorrido a prescrição inicial da pretensão punitiva da Administração Pública até a data de julgamento. Mas se o ato decisório resolveu pela imposição de pena de suspensão no caso, em vez da penalidade demissória, verifica-se a modalidade prescricional retroativa à data de instauração do feito, visto que o prazo de dois anos para aplicabilidade dessa sanção (art. 142, II, Lei 8.112/1990) já havia expirado quando da abertura do processo, ocorrida somente depois de três anos da ciência da irregularidade.

Se a infração funcional também constitui crime, expressamente previsto como falta disciplinar no estatuto dos servidores públicos, a contagem dos prazos prescri-

cionais obedecerá os parâmetros cronológicos da legislação penal, desde que exista ação penal em curso contra o servidor (Superior Tribunal de Justiça – MS 12.090/DF, ROMS 18.093/PR, ROMS 18.096/PR, RMS 18551/SP), contando-se os prazos pelos parâmetros ordinários da Lei 8.112/1990 se não existe denúncia recebida contra o acusado (Supremo Tribunal Federal: MS 20.645, Plenário), lição abraçada por José Armando da Costa (Prescrição Disciplinar, Fórum, Belo Horizonte, 2006, p. 218-219, 222).

10 Pedido de reconsideração e recurso administrativo

O servidor punido tem o direito de requerer a reconsideração do ato punitivo à mesma autoridade que proferiu o julgamento, no prazo de trinta dias da publicação da penalidade, cabendo, em caso de indeferimento e manutenção da pena, recurso à(s) autoridade(s) hierarquicamente superior(es) na escala administrativa (arts. 106 a 108, da Lei 8.112/1990), ressalvado o caso de decisão proferida originariamente pelo Chefe do Poder Executivo, do Ministério Público da União, pelo Presidente do Tribunal ou da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, hipótese em que somente é admitido pedido de reconsideração.

11 Revisão do processo administrativo disciplinar ou da sindicância punitiva

Quando, depois da punição, surgirem fatos, provas ou circunstâncias *novos*, o servidor poderá requerer a revisão do processo administrativo disciplinar, para o fim de que nova comissão processante (composta por outros servidores que não os integrantes do feito originário) colha meios probatórios inéditos e submeta seu relatório conclusivo sobre a instrução e o pleito revisional à autoridade administrativa competente, com vistas à possível anulação da pena aplicada.

Atende o requisito da novidade, por exemplo, a hipótese de superveniente sentença penal absolutória, prolatada em processo criminal instalado pelos mesmos fatos apurados no processo administrativo disciplinar, que declara inexistente o crime ou nega a autoria por parte do servidor apenado na esfera administrativa, desde que não exista o cometimento paralelo de faltas exclusivamente disciplinares não compreendidas nos

efeitos do decreto judicial alforriador (Súmula 18, Supremo Tribunal Federal).

Ainda no caso de existência de resíduo administrativo capaz de justificar a manutenção da punibilidade no campo disciplinar, apesar da absolvição na via judicial, cumpre-se verificar se as faltas residuais (infrações exclusivamente disciplinares, como é o caso da insubordinação grave ou do proceder de forma desidiosa — respectivamente arts. 132, VI, e 117, XV, Lei 8.112/1990) não estão sujeitas a pena mais branda do que a efetivamente aplicada, hipótese em que o servidor outrora demitido poderá ser reintegrado ao cargo público com a anulação da sanção demissória, admitida a aplicabilidade de suspensão, multa ou advertência, conforme o caso, se porventura não estiver prescrito o direito de punir da Administração Pública.

12 Conclusão

Cabe, pois, aos órgãos e autoridades competentes para o exercício do controle administrativo e jurisdicional sobre os atos praticados no processo administrativo disciplinar e na sindicância apenadora velar pela regularidade formal e pelo efetivo respeito às garantias e direitos do servidor acusado, considerando-se algumas das questões fundamentais nos procedimentos, como as expostas neste articulado.

Notas

⁽¹⁾Mandado de Segurança 7736/DF, *DJ* de 04/02/2002, p. 277, Terceira Seção.

⁽²⁾*A prova no processo disciplinar*, Lúmen Juris, 2003, p. 53.

⁽³⁾*Processo disciplinar passo a passo*, Brasília Jurídica, 2ª ed., 2004, p. 165, 185.

⁽⁴⁾ROMS 15168/BA, MS 9201/DF, MS 7239/DF.

⁽⁵⁾AMS 9301301857/BA, *DJ* de 08/10/2001, p. 256; AMS 91.01.00887-0/DF.

⁽⁶⁾*Teoria e prática do processo administrativo disciplinar*, Brasília Jurídica, 5ª ed., 2005, p. 231.

⁽⁷⁾*Do processo administrativo disciplinar e da sindicância*, Brasília Jurídica, p. 46-47, p. 52.

⁽⁸⁾REsp 617103/PR, 6ª Turma, *DJ* de 22/05/2006, p. 255.

⁽⁹⁾AC 89030052722/SP, 1ª Turma, decisão de 09/11/1993, *DOE* de 01/12/1993, p. 134, relator o Desembargador Federal Theotonio Costa.

⁽¹⁰⁾*Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*, Max Limonad, 1998.

⁽¹¹⁾AC 171093, Processo 9604564285/RS, 4ª Turma, decisão de 12/09/2000, *DJUI* de 10/01/2001, p. 260, relator o Desembargador Federal A. A. Ramos de Oliveira.

⁽¹²⁾Apelação em mandado de segurança, Processo 8902093786/RJ, 3ª Turma, decisão de 21/05/1996, *DJ* de 27/08/1996, relator o Desembargador Federal Rogério Carvalho, por unanimidade.

⁽¹³⁾AC 171093, Processo 9604564285/RS, 4ª Turma, decisão de 12/09/2000, *DJUI* de 10/01/2001, p. 260, relator o Desembargador Federal A. A. Ramos de Oliveira.

⁽¹⁴⁾ROMS 11259/RS, *DJ* de 22/04/2002, p. 259, relator o Ministro Vicente Leal, 6ª Turma.

⁽¹⁵⁾Nestas a contagem dos prazos é o da lei penal: art. 142, § 2º, Lei 8.112/1990, desde que o servidor responda a ação penal, segundo a tendente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que não admite a contagem dos prazos pelos parâmetros cronológicos da legislação criminal se o servidor não foi denunciado pelos fatos, ou quando o Ministério Público tenha requerido o arquivamento do inquérito policial ou peças de informação, inclusive segundo entendimento antigo do Supremo Tribunal Federal nesse sentido: Mandado de Segurança – MS 20.645, julgado em 30/04/1987. *Vide* também sobre o tema artigo de nossa autoria: “Contagem dos prazos prescricionais da lei penal para punição de infrações administrativas (art. 142, Lei 8.112/1990)”, publicado no *site* jurídico eletrônico Jus Navigandi: www.jus.com.br/doutrina/direito_administrativo/processo_disciplinar.